

---

## Elisabetta MAZZINI (2017)

*La responsabilidad civil entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales. El contra ius constitucional y el daño moral,*

Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona

Con este título se presenta un estudio monográfico de reciente publicación sobre una materia de indudable interés actual en el marco del Derecho de familia. Versa sobre la penetración del sistema de responsabilidad civil en la familia como paradigma resarcitorio. En este ámbito de responsabilidad la profesora Mazzini concreta el examen endo-familiar o conyugal con referencia a daños cometidos del uno al otro por quienes se encuentran en la misma relación matrimonial, extendida a nuevos “modelos familiares”. La autora expone con detalle la evolución jurisprudencial sobre la aplicación del modelo resarcitorio en nuestro Derecho en los últimos años y finaliza el libro con un estudio comparado con el nuevo sistema italiano.

Aborda el análisis de las soluciones consolidadas sobre el punto central de referencia que enlaza con el daño moral por especificaciones precisas sobre la violación de deberes jurídicos conyugales. Aspecto de singular relevancia actual en ambos sistemas, español e italiano. El análisis comparativo permite advertir el modelo resarcitorio en los sucesivos cambios de orientación sucedidos en materia de familia. Especialmente en sede matrimonial, donde la tolerancia intra familiar parece más dilatada.

Plantea la particularidad de accionante en que la relativa condición de perjudicado se haya producido mediante un acto ilícito en el interior de la familia. Allí donde el interés lesionado adquiere un relieve jurídico propio por lesión de los deberes y conductas requeridos institucionalmente. Desde luego justificar la obligación reparatoria en el ámbito familiar con una base jurídica estable no es tarea fácil, como se advierte en la lectura detenida del libro en comentario. La acción de resarcimiento de daños en vía civil para la defensa de la esfera jurídica de la personalidad es fruto de modernas transformaciones de conceptos clásicos, como pueden serlo la culpabilidad, al desplazar el signo de la presunción, criterio de buen sentido que mantiene nuestra jurisprudencia sin obviar razones de justicia por una orientación objetivista. Ciertamente con

independencia del cauce el cumplimiento de los deberes y la disciplina de conductas familiares obliga y justifica la defensa del lesionado del daño injusto.

Entre los instrumentos de reparación, la responsabilidad civil extracontractual es una de las formas de mayor empleo en la vida jurídica contemporánea y evoca situaciones producidas de perjuicio grave, que se ventilan en el moderno Derecho de daños. En este sentido expansionista de responsabilidad por infracción de deberes o por causación lesiva el profesor López Jacoiste puso de relieve la importancia actual de transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual<sup>1</sup>. El libro en comentario abre nuevos cauces de concreción a las relaciones intra-familiares.

Punto de partida es que en el contexto normativo vigente el centro del Derecho de familia se fija en la persona, donde cobran relieve la lesión de la dignidad y el incumplimiento lesivo de deberes personales, no en un solo tipo o modelo de familia. Son criterios asentados en otras consideraciones de vasta repercusión social que reclaman la específica tutela jurídica. En consecuencia, el carácter imperativo de la normativa aplicable no reside tanto en una protección supraindividual como en las relaciones personales consideradas en pie de igualdad en derecho. En este sentido la protección del “interés familiar” no precede a la protección individual de los deberes personales de los miembros. En los perfiles de la responsabilidad civil son atendibles las “razones de familia”, pero no hay entre ellos “privilegio”. Los remedios intrafamiliares no se ajustan a la doctrina general de la responsabilidad contractual ni extracontractual por más que se basen en el incumplimiento de auténticos deberes jurídicos. El ámbito de aplicación personal respecto a los daños causados se inspira en el paralelismo con el daño moral, aspectos directamente relacionados entre sí.

El libro desarrolla este planteamiento de la responsabilidad en cuatro capítulos, distribuidos a través de 270 páginas. Cuenta con un índice bibliográfico amplio (pp. 271-326), con un elenco abundante de obras específicas sobre la responsabilidad civil especialmente españolas e italianas. La autora destaca que el enfoque del estudio se asienta sobre una base de la evolución de corrientes doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, tomada desde la perspectiva de remedios resarcitorios. Del análisis de supuestos que han recibido tutela restitutoria se desprende que la responsabilidad civil se presenta en la vida práctica junto al daño moral con “tendencia expansionista”.

---

1 López Jacoiste, J. J. (1994), *Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual*, discurso leído el día 10 de enero, en su recepción pública como académico de número.

Con una valoración de conjunto el estudio monográfico es fruto de un trabajo realizado con rigor y de accesible comprensión de un problema realmente complejo. En supuestos relevantes bien descritos y delimitados a lo largo del desarrollo de cada capítulo se incluye la solución que reciben. Las “consideraciones previas” que preceden al contenido aportan luz clara para la comprensión conjunta del problema principal de que se ocupa. En definitiva, un trabajo laborioso, expuesto con buen criterio y sin incurrir en casuismos, con abundancia de pormenores, como los deberes que la vida familiar comporta. La autora, como su nombre delata, es oriunda italiana, actualmente profesora de Derecho privado, esposa de español también profesor en Navarra, lo que contribuye a que se traduzca en el estudio de Derecho comparado un atrayente matiz dialogante entre ambos sistemas de propuestas y sugerencias. El sistema italiano dispone por contraste con el español de normas especiales sobre la materia respecto al Derecho general de responsabilidad civil, y el fundamento también difiere con relación al español. El sistema culpabilista, de predominio italiano, se distancia del sistema español causalista (de causalidad indiscriminada) que se dirige al daño injusto sin tipificar formalmente.

Con una impresión personal merece aplauso ver nuevos cauces con la clave de interpretación por los que el nuevo Derecho de familia trata de hacer frente a los actos ilícitos de que la responsabilidad extracontractual es exponente. La acción reparatoria, en su doble vertiente procesal y sustantiva, se encuentra en este sector de la vida social ante las dificultades propias de auténticos deberes conyugales. La violación de deberes jurídicos con difícil reparación del daño injusto, referidos al incumplimiento, al riesgo y la función punitiva de las sanciones civiles es campo propicio para la reflexión. En último término se encuentra el debate sobre la ambigüedad de la familia o familias que avanza en la conciencia social de nuestro tiempo.

Acredita el contenido de la monografía en comentario el esfuerzo técnico de la autora por trazar la diferencia entre el sistema español y el italiano. En primer lugar, para delimitar el carácter institucional de la familia, donde debiera encontrarse el fundamento constitucional; en segundo término, a quién se quiere proteger, previo al problema del método dogmático o realista; finalmente, el carácter jurídico de los deberes conyugales preexistentes ante la lesión, el daño ilícito, que no solo es contractual ni el contenido reservado al patrimonial, ni obligaciones naturales, aspecto que incide en la interpretación de los intereses propios de uno varios de los afectados. En esta medida se explica que en España no se haya consolidado la tendencia expansionista afín,

sino repetidas y recientes argumentaciones en las oportunas motivaciones *obiter dicta* de las sentencias que cita y comenta.

La estructura del libro, con el prólogo y la introducción, ponen de manifiesto el problema resarcitorio *endofamiliar* y sus implicaciones, con los cambios transcendentales experimentados en las últimas décadas. Con un desglose estructural dedica el capítulo primero al ingreso de la responsabilidad civil en las relaciones familiares, en el marco de la extensión del daño moral en España, que toma como elemento de conexión del sistema de responsabilidad civil en el grupo familiar ( pp. 25-71).

El capítulo segundo versa sobre el debate acerca del recurso a la responsabilidad civil ante el incumplimiento de los deberes conyugales. En él se analiza el principio de especialidad del Derecho de familia, el que llama principio de tolerancia, con el sector de la corriente española favorable a la admisión de la responsabilidad civil en el seno del matrimonio. Se trata del capítulo que recoge los distintos puntos de vista acerca de la naturaleza de los deberes conyugales y la doctrina favorable a la indemnización con base en la normativa de la responsabilidad extracontractual. A mi modo de ver es el capítulo de mayor densidad en que la capacidad de creatividad e innovación de la autora alcanzan alto nivel de razonamiento jurídico, con personalidad decisiva ante los debates doctrinales. De especial interés resulta el paso de los deberes morales a deberes jurídicos (pp. 73-144).

El capítulo tercero se ocupa de la violación de los deberes conyugales y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico español. Presta especial atención a la infidelidad conyugal y deber de respeto en sus diversas facetas con los remedios admitidos en una selección de supuestos; este capítulo sigue con acierto el desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial, el deber de convivencia, mutua ayuda y socorro, y actuar en interés de la familia (pp. 145-222). La dificultad de delimitar las fronteras del interés de la familia con el de otros deberes conyugales no menoscaba la aplicación y las consecuencias civiles de la violación como comunidad de interés entre los cónyuges.

El último capítulo, cuarto, comprende los aspectos comparativos entre el Derecho italiano, que cuenta con la sugerente novedad de un remedio resarcitorio único, en contexto familiar o no, con un sistema selecto de eventuales perjuicios, y propone su posible adecuación a nuestro derecho. Describe en sus rasgos esenciales la evolución histórica y las perspectivas del nuevo modelo italiano sobre el problema de los remedios en comparación con otros afines europeos. En este capítulo expone la interesante evolución de la jurisper-

dencia italiana que, a partir de una concepción cerrada, de límites institucionales sigue el criterio innovador abierto del que llama “*contra ius* constitucional”. Este nuevo criterio sigue una orientación del concepto de familia como “comunidad de individuos”. El nuevo planteamiento extiende la responsabilidad civil, que abarca especialmente daños no patrimoniales. Dicho modelo configura un paradigma único para conflictos familiares, y en particular intraconyugales. Se amplía la protección del “sujeto débil de la relación conyugal” que haya sufrido un daño calificable como grave e injusto según las reglas selectivas de la responsabilidad civil, y se incorporan los deberes que nacen del matrimonio, como la fidelidad, asistencia moral y material, colaboración de los intereses de la familia y cohabitación, trabajo, necesidades de la familia. El núcleo fuerte de los deberes conyugales que se consideran deberes jurídicos incoercibles y dotados de “sanciones indirectas” va dejando abierta la puerta al remedio general aquiliano del daño no patrimonial merced al principio *nemi-nem laedere* que fue admitido progresivamente por la jurisprudencia del siglo precedente (a partir del 2003). La conducta gravemente perjudicial de uno de los cónyuges valorable *contra ius* constitucional confirma hoy la tutela frente a un ilícito civil sin limitarse a los instrumentos propios del Derecho de familia, ni a las ofensas mínimas que entran en el ámbito de solidaridad y tolerabilidad de la vida ordinaria.

La tutela aquiliana en conjunto supone la referencia al modo de entender la familia, en Italia con raíz en el matrimonio y su finalidad. La Constitución Italiana reconoce los derechos de la familia legítima como sociedad natural fundada sobre el matrimonio. El matrimonio se ordena sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges dentro de los límites establecidos en la ley en garantía de la unidad familiar (art.29). El modelo tradicional italiano se entiende ahora en sentido más amplio y comprensivo en “estructuras familiares distintas del modelo tradicional”. En España la protección de los intereses familiares puede referirse a la matrimonial y no matrimonial, puesto que el 93 CE no lo distingue. En este contexto se entiende la sugerencia de elevar al debate doctrinal español la experiencia italiana con una perspectiva de garantía de los derechos fundamentales de la persona.

A mi entender es cuestión nada sencilla de política jurídica la sugerente propuesta *de lege ferenda*, de colmar “la grave laguna del ordenamiento jurídico español, consistente en la ausencia de un paradigma sucesorio uniforme capaz de garantizar la plena protección de los miembros de las comunidades familiares y en particular de los cónyuges ante la lesión de un interés merecedor de tutela por parte del mismo ordenamiento”.

Más difícil todavía la selección tipificada de perjuicios graves que entren en el calificativo intrafamiliar; esto es, formalizar o tipificar un elenco de supuestos concretos a partir de casos de actos ilícitos o daños morales originados por un miembro de familia en menoscabo de otro, fundados en *el contra ius* constitucional. Acaso una cláusula general o sistema abierto a todo daño injusto sea más defendible en nuestro sistema de causalidad “moderada”, donde el alcance de la familia *de facto* está en crecimiento y dispersa en tiempo y espacio. Entre dos iguales que pelean la solución inmediata ha de provenir de tercero. El juez es más inmediato que el legislador para servirse de la experiencia conflictiva. Al menos nuestra jurisprudencia cuenta con la inversión de la presunción a favor del dañado con los rasgos del hecho motivador del perjuicio o daños causados, que permiten calificar la acción de responsabilidad civil si son merecedores del resarcimiento. La autora estimula a la jurisprudencia a mantener la base estable que garantice la eventual reparación del daño provocado por la indebida conducta cualificada por razones familiares en perjuicio grave de intereses individuales y daños morales intraconyugales. El binomio responsabilidad civil-familia ocupa sin duda un lugar común. Medida prudencial en contraste con rígidos modelos de responsabilidad objetiva. En último término, encarece la tarea del artífice del *ars ius boni et aequae*. La autora es consciente de la dificultad *de lege ferenda* del expreso reconocimiento de una norma general específica para el ámbito endofamiliar, que “se revelaría de dudosa utilidad considerando la naturaleza general del artículo 1902 del Código civil español, que ofrece una excesiva complejidad práctica”.

Es innegable que la progresiva “democratización” de la familia con la pérdida de la unitariedad se desenvuelve en el entorno europeo en una pluralidad de agrupaciones diversas que alteran el sentido de los deberes característicos de la relación conyugal y efectivamente reclaman atención jurídica. La progresiva “desregulación” convierte la unión, base de la sociedad, en centro de pertenencia de intereses privados. Dicho centro de pertenencia suele prevalecer por vía convencional, con refrendo notarial o de mediación, distintos modelos de resarcimiento y reintegración en forma específica o por equivalente. En todo caso la responsabilidad jurídica se complica en relaciones de “subordinación de intereses” que amplían el daño que ha de soportar la víctima con la indefensión, bien sea la certeza en orden al propio *status* familiar, la tutela de intereses de terceros legítimamente adquiridos o el trabajo familiar. Una demanda de control y vigilancia del fuerte sobre el débil debiera ser objeto de constancia judicial, caso por caso en virtud del perjuicio que se invoque demostrarse en juicio civil. Cuestión distinta es la selección preestablecida para

evitar reclamaciones infundadas y colapsar con abuso los Tribunales. Cuando la convivencia fuera del matrimonio generaliza situaciones anómalas la conducta individual excede el propio *contra ius* constitucional de la familia. Es el caso del artículo 342 bis, sobre órdenes de protección contra el abuso familiar, cuando la conducta del cónyuge cause un perjuicio grave a la integridad física o moral o la libertad del otro cónyuge o pareja convivente, el juez, a petición de la parte, podrá adoptar por decreto una o más de las medidas mencionadas en el art. 342 ter, (contenido de las órdenes de protección), que establece el orden y duración del obligado desde el día de la ejecución. En el mismo decreto el juez puede pedir la actuación, que comprende el auxilio de la fuerza pública y medidas de protección de la víctima del abuso y maltrato. Si fueren privados de medios adecuados, incluso económicos, el resarcimiento permite detraer directamente del dador de trabajo lo preciso o expectante de la retribución.

Parece oportuno advertir el presupuesto y las notas características del remedio como reconstrucción lógica doctrinal a efectos de interpretación. Fruto de un abuso de condiciones injustificadas gravosas, de finalidad sancionatoria civil, que supera el positivismo, por más que sea expresivo del derecho positivo, con rango de norma aplicable caso de la violación de grave de un deber jurídico, que reclama una conducta reparadora en la esfera de discrecionalidad del juez y de realización alternativa voluntaria o forzosa según la posición del obligado

Acaso la propuesta alcanzara mayor sentido positivo, a mi juicio, analizando la cuestión desde la perspectiva del binomio servicio-trabajo como criterio de colaboración recíproca, valor económico-social preeminente en justicia por razones familiares. Los contrayentes han de cobrar conciencia de que casarse tiene implicaciones económicas y sobre todo sociales de colaborar en la promoción de su familia como valor intrínseco añadido, no como producto de mercado. No se trata como producto de mercado el deber de los padres de seguir educando y educando a sus hijos con los deberes que encarnan, incluso si nacen fuera del matrimonio o de mujer soltera. En casos de incapacidad de los padres, la ley garantiza que sus deberes, que no son opuestos, se cumplan.

Con la lectura detenida del libro en comentario, en particular atendidas las reflexiones críticas, se escuchan las clamorosas consecuencias actuales del problema de abuso familiar, las modificaciones tan drásticas en ambos países, y la necesidad de buscar medidas resarcitorias adecuadas a partir del “buen Derecho”, que, desde luego, la tutela del matrimonio por sí también necesita. La defensa de la familia cambia de ruta con experiencias concretas en el

mundo económico. Un problema de remedios frente a abusos conyugales compartido en países europeos confirma la lejanía del modelo tradicional. Excuso que la brillante y detallada exposición de la autora vaya acompañada de interferencias personales. Ello no obsta a que el interés de la lectura quede demostrado.

*José Antonio Doral García.*

*Catedrático de Derecho civil*